Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Juristenfakultät zu Rostock vorgelegt

von

Referendar **Stratmann.**

ACAD. LUDB. BAT. BIBL.

Lübz.
Druck von Fr. Krohn.
1901.

Litteratur.

Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 80.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 14 Aufl. 1889.

Dernburg, Pandekten, 5 Aufl. 1896.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. (Gruchot's Beiträge z. Erläuterung des d. R. Jgg. 43, S. 305 ff.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe. Diss. 1900.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1900.

Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (cit. Rg.).

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB., 3 Aufl.

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Wandelung (Gruchot's Beitr. Jgg. 44 S. 65 ff.)

Gaupp, Kommentar zur CPO.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hölder, Kommentar zum BGB.

Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen 1892.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Rechte des BGB. Diss.

Matthiaß, Lehrbuch des bürg. Rechtes. 3 Aufl.

Mensing, Beiträge zur Lehre von dem Wandelungs- und Minderungsanspruch des BGB. Diss. 1901.

Neukamp, Handkomm. zu CPO.

Neumann, Handausgabe des BGB. 1899.

Örtmann, Komm. zum zweiten Buche des BGB. Recht der Schuldverhältnisse.

Planck, Kommentar zum BGB.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. Bd. I.

Sächsisches Archiv Bd. 9.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.

Struckmann u. Koch, Kommentar zur CPO.

v. Wilmowsky-Levy, Kommentar zur CPO.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Dr. Th. Kipp, 1900 (cit. Kipp-Windscheid.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0042

Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 1. Einleitung. Begrenzung der Aufgabe.

Nach den Bestimmungen des § 459 haftet der Verkäufer einer Sache d. i. eines körperlichen Gegenstandes dem Käufer dafür, daß die Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern — eine unerhebliche Minderung bleibt außer Betracht [1]) —, und daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat. — In § 462 sind dann dem Käufer die Mittel an die Hand gegeben, durch welche er diese Haftung des Verkäufers geltend machen kann. Und zwar stehen ihm hierfür, wie im gemeinen Rechte zwei Rechtsmittel zu Gebote, nämlich das der Wandelung und das der Minderung. Abgesehen von den Einschränkungen beim Viehkauf hat der Käufer freie Wahl, wessen von beiden er sich bedienen will und ist nicht abhängig von der größeren oder geringeren Erheblichkeit [2]) oder irgend sonstiger Art der Mängel oder auch vom richterlichen Ermessen.

Stimmt nun hierin das BGB. mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechtes überein, so ist es andrerseits Gegenstand eines lebhaften Streites, ob auch die Durchführung der ädilicischen Rechtsmittel in derselben Weise zu erfolgen hat, wie sie im gemeinen Rechte geschah. Mit dieser Frage wird sich die vorliegende Arbeit

---

[1]) Gleich dem „minima non curat praetor“ des römischen Rechtes.

[2]) Vgl. hierüber für das gem. R. Windscheid, II § 393 Anm. 10. — Im BGB. kommt als Ausnahme in Betracht die Bestimmung des § 468: Hiernach kann der Käufer eines Grundstücks „wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat.“

zu beschäftigen haben, und dabei nach einer kurzen Betrachtung der Schicksale der ädilicischen Rechtsmittel innerhalb der Kommission zur Beratung des BGB. unsere Stellungnahme zu derselben darlegen.

§ 2. Die Wandelung und Minderung in den Vorberatungen für das BGB.

In der Kommission zur Beratung des BGB. hatte zunächst die Minderungsklage überhaupt zu kämpfen [1]), ob sie Aufnahme in das Gesetz finden sollte. Jedoch wurde der die Beseitigung verlangende Antrag abgelehnt, und zwar aus überwiegend praktischen Gründen, namentlich auch mit Rücksicht auf den Handelsverkehr. Man entschied sich dafür, die beiden Rechtsmittel in der Art des gemeinen Rechtes weiter nebeneinander bestehen zu lassen. — Uneinigkeit herrschte nun aber darüber [2]), wie die Geltendmachung derselben konstruirt werden solle. Von der einen Seite wurde lebhaft die Auffassung vertreten, daß die Ausübung an eine einseitige empfangsbedürftige, innerhalb einer Gewährfrist abzugebende Erklärung geknüpft werden müsse. Denn [3]) „die heutige Rechtsanschauung erblicke in der Mängelhaftung des Verkäufers eine materielle Abschwächung derjenigen Gebundenheit, welche für den Käufer mit dem Abschlusse des Kaufsvertrages herbeigeführt werde, und verbinde mit dem letzteren von vorneherein den Sinn, daß die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises abhängig sei von der Fehlerfreiheit der gekauften Sache."

Es fand aber dieser Vorschlag die Billigung der Kommission nicht. Die Mehrheit in derselben entschied sich vielmehr dafür, die Rechtsmittel nach dem Muster des geltenden Rechtes, insbesondere des gemeinen und preußischen Rechtes, sowie des HGB. Art. 349 als besondere, vom Kaufvertrage unabhängige, lediglich der Mangelhaftigkeit der Leistung des Verkäufers entspringende Forderungsrechte, als neue „Ansprüche" (§ 194) des Käufers gegen den Verkäufer zu konstruieren. Namentlich war für die Wahl dieser Konstruktion auch bestimmend die Absicht, die Anwendung der Vorschriften über

[1]) Prot. I S. 673 ff., 682.
[2]) Prot. I S. 673 ff.
[3]) Prot. I S. 677.

die Verjährung zu ermöglichen [1]). Denn die Verjährung greift nur Platz nach § 194 Abs. 1, wenn es sich um einen Anspruch, um das Recht, von einem Anderen ein Thun oder Unterlassen zu verlangen, handelt.

Diese Gestaltung der ädilicischen Rechtsmittel hat, wie nicht bestritten wird und wohl unbestreitbar ist, klaren Ausdruck im Gesetz erhalten, wo es in der Bestimmung des § 462 folgendermaßen heißt:

> „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Ein lebhafter Streit hat sich aber im Anschlusse an diese Bestimmung und die später zu erwähnende Bestimmung des § 465 erhoben, wie denn die innere Gestalt dieser Ansprüche vom Gesetze gewollt und zum Ausdruck gebracht sei, d. h. welcher Art das vom Verkäufer verlangte „Thun" sein solle.

§ 3. Die Art der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche im gemeinen Rechte.

Im gemeinen Recht, wo die Gewährleistungsansprüche in der Gestalt der actio redhibitoria und actio quanti minoris bestanden, bildete das Ziel dieser Klagen, das verlangte „Thun", unmittelbar die Herstellung des Zustandes, wie er vor dem Abschlusse des Kaufvertrages gewesen war, bezw. wie er der minderen Qualität der Leistung entsprach. War bereits von beiden Teilen erfüllt worden, so richtete sich demgemäß die actio redhibitoria zugleich mit der Aufhebung des Kaufvertrages direkt auf die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises nebst Zinsen und Interesse gegen Rückgabe der Kaufsache [2]), und es war also die Wandelung vollzogen erst durch das den Verkäufer zur Rückleistung verurteilende richterliche

[1]) Prot. I S. 676.

[2]) Vgl. Windscheid II § 394 Anm. 2, Arndts § 304.

Erkenntnis. Dies geht auch hervor aus der Bedeutung des Wortes „redhibere“. Denn, wie es in den Quellen [1]) heißt:

„redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco est appellata quasi traditio.“

Und in einer entsprechenden Weise war auch die actio quanti minoris gestaltet.

Die prozessuale Geltendmachung der Wandelung und Minderung mit ihrer unmittelbaren Wirkung war dem römischen und gemeinen Recht eigentümlich und gewöhnlich. Daneben gab es aber auch, allerdings ziemlich vernachlässigt, die vertragsmäßige Vereinbarung [2]), durch welche sich der Käufer dem Verkäufer verpflichtete, auf eines der beiden Rechtsmittel sich beschränken zu wollen. Selbstverständlich hatte aber dann der Abschluß eines solchen Vertrages zur Folge, daß der Käufer nur die aus dem Vertrage entspringenden Rechte geltend machen konnte, daß also die sonst unmittelbaren Wirkungen der actio redhibitoria oder quanti minoris hier erst durch den Vertrag begründet wurden, mithin erst Wirkungen der vertragsmäßigen Vereinbarung waren.

A. Die außergerichtliche Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem BGB.

§ 4. Der Wandelungs- und der Minderungsvertrag.

In gerade entgegengesetzter Weise dürfte u. E. die Vollziehung der Wandelung und Minderung durch das BGB. geregelt worden sein, indem nämlich hier die außergerichtliche Form den Normalfall darstellt, die prozessuale Geltendmachung aber als subsidiär eintretend in den Hintergrund gedrängt ist [3]).

Betrachten wir zunächst die normale, außergerichtliche Art der Vollziehung der Wandelung und Minderung! Welches dieselbe ist,

---

[1]) l 21 pr. D. de aed. ed. 21, 1; vgl. l 27 D. h. t.

[2]) Vgl. Eccius in Gruch. Beitr. B. 43, S. 318.

[3]) Vgl. Örtmann, Note 3 zu § 462; Planck, Note 2 zu § 465; Kipp-Windscheid, II, S. 656; Leistner S. 39.

finden wir zum Ausdruck gelangt durch den § 465, welcher nach Angabe der Protokolle [1]) zu dem Zwecke in das Gesetz Aufnahme gefunden hat, „um der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zu Grunde liegende Konstruktion zu geben." Die Bestimmung des § 465 lautet folgendermaßen:

> „Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers damit einverstanden erklärt."

Es hat demnach zunächst der Käufer, welcher Wandelung d. i. nach § 462 Rückgängigmachung des Kaufes oder Minderung d. i. Herabsetzung des Kaufpreises bewirken will, dem Verkäufer ein diesbezügliches Verlangen zu äußern, welches bezweckt, daß der Verkäufer sein Einverständnis mit demselben erklärt, welches aber nicht schon unmittelbar auf Rückerstattung gerichtet ist. Ist der Verkäufer bereit, so leistet er dem Verlangen folge, er nimmt das Angebot des Käufers an. Der Vorgang — duorum in idem placitum et consensus [2]) — stellt sich mithin als ein Vertrag dar, in welchem die Parteien darüber einig werden, daß der Kaufvertrag aufgehoben oder modifiziert wird.

Auf diesen Vertrag finden, soweit sie sachgemäß erscheinen, selbstverständlich die allgemeinen Vertragsbestimmungen der §§ 145 ff. Anwendung. Als sachgemäß dürfte aber auch zu erachten sein entgegen der in den Protokollen ausgesprochenen Ansicht [3]), daß der Käufer an seinen Antrag gebunden ist, bis einer der in § 146 angeführten Erlöschungsgründe eintritt oder sonst aus dem ausdrück-Willen oder aus besonderen Umständen eine andere Absicht hervorgeht [4]). Freilich wird durch eine solche Gebundenheit das freie Wahlrecht des Käufers, welches der beiden Gerechtsame, ob Wandelung oder Minderung, er geltend machen will, etwas eingeschränkt, aber immerhin dürfte dies Resultat auch keineswegs unbillig erscheinen [5]).

---

[1]) Prot. I S. 710.

[2]) l 1 § 1 D. de pact. 2,14.

[3]) Prot. I S. 710 und ebenso Planck, Note 1 zu § 465: Hiernach soll im Verlangen nach Wandelung oder Minderung regelmäßig der Wille gefunden werden müssen, bis zum Widerrufe an den Antrag gebunden zu sein.

[4]) Ebenso Eccius S. 323, Lobe S. 109.

[5]) Vgl. Neumann Note 4 zu § 465.

Erwähnt sei, daß auch einer Anwendung der Vorschrift in § 150, nach welcher die verspätete Annahme eines Antrages als neuer Antrag gilt, nichts entgegensteht. Denn wenn auch der Wortlaut des § 465 davon ausgeht, daß die Offerte von dem Käufer gemacht werden soll, so würde doch ein zu starres Anklammern an den Buchstaben zu unerträglichen Konsequenzen führen. Auch zeigt die Vorschrift des § 466, daß § 465 in dieser Beziehung keineswegs eine zwingende Regel aufgestellt haben will. Denn in dem „Auffordern" des Verkäufers „unter Erbieten der Wandelung" ist zweifellos ein Vertragsantrag zu sehen, für welchen dann das „Verlangen" des Käufers sich als Annahme darstellt [1]).

Was nun die Form betrifft, in welcher der Wandelungsvertrag abzuschließen ist, so macht Eccius [2]) darauf aufmerksam, daß, wenn die Wandelungsabrede die Pflicht zur Rückübereignung eines verkauften Grundstückes begründen soll, dieser Vertrag, um formell rechtsbeständig zu sein, nach § 313 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. U. E. erscheint aber ein solches Formerfordernis für den Wandelungsvertrag nicht sachgemäß und nicht der Natur entsprechend, da die Rückübertragung eine gesetzliche Folge des Vertrages ist.

Hinsichtlich des Minderungsvertrages sei bemerkt, daß nach der in den Protokollen vertretenen Ansicht und nach der Meinung der meisten Schriftsteller [3]) die Erklärung des Käufers, mittels welcher er vom Verkäufer dessen Einverständnis mit der Minderung verlangt, also die Vertragsofferte, notwendigerweise auch den Betrag angeben muß, um den der Kaufpreis herabgesetzt werden soll; andernfalls könne die Minderung wegen Unbestimmtheit nicht vollzogen werden, auch wenn sich der Verkäufer einverstanden erklärt. Die Vertreter berufen sich zur Begründung auch auf § 472 [4]), wo es heißt:

> „Bei der Minderung ist der Kaufpreis . . . herabzusetzen . . ."

[1]) So auch Planck, Note 4 zu § 466.
[2]) Eccius a. a. O. S. 328.
[3]) So namentlich Planck Note 2 zu § 465, Eccius a. a. O. S. 333 u. a.
[4]) Kuhlenbeck, II § 39, S. 262.

U. E. ist jedoch eine solche Angabe, um welchen Betrag gemindert werden soll, keineswegs erforderlich[1]). Beim Fehlen derselben entbehrt der Vertrag durchaus nicht der genügenden Bestimmtheit, da gesetzlich genau festgestellt ist durch die Vorschriften der §§ 472, 473, in welcher Weise die Herabsetzung zu geschehen hat. Haben die Parteien nichts Besonderes vereinbart, so greifen eben diese dispositiven Anordnungen ergänzend ein. Aus dem Wortlaut des § 472 geht aber keineswegs zwingend hervor, daß die Parteien selbst den Betrag, um welchen zu mindern ist, bestimmen müssen, sondern nur daß, wenn gemindert wird, der Kaufpreis in der angegebenen Weise herabzusetzen ist.

Kipp[2]) bemerkt zu dieser Frage mit Recht: „Wie es möglich ist, die Sache in Kenntnis des Fehlers für den „angemessenen", „üblichen" Preis zu kaufen, oder für denjenigen Preis, den eine Partei (eventuell der Richter) billig festsetzen werde, so ist auch nicht abzusehen, warum die Vereinbarung in dem obigen Sinne . . . für etwas Inhaltloses, für keinen handfesten Vertrag gehalten werden müßte. Sie hat die Bedeutung, das Wandelungsrecht und sonstige Rechte des Käufers auszuschließen und an Stelle des vereinbarten Kaufpreises den nach § 472 (im Streitfalle durch den Richter) zu berechnenden zu setzen."

§ 5. Die durch den Wandelungsvertrag begründeten Ansprüche.

Somit ist die außergerichtliche Vollziehung der Wandelung und Minderung als Abschluß eines diesbezüglichen Vertrages charakterisiert worden, welcher die Aufhebung oder Modifikation des vorhandenen Kaufvertrages zum Gegenstande hat.

Wir wenden uns nunmehr zu einer Betrachtung der materiellen Wirkungen eines solchen Vertrages, zu den Verpflichtungen, welche durch ihn für die beiden Contrahenten geschaffen werden, und zwar behandeln wir zunächst die durch den Wandelungsvertrag und sodann die durch den Minderungsvertrag begründeten Wirkungen.

---

[1]) Ebenso Kloß im Sächs.-Arch. Bd. 9 S. 300 fg., Mensing, S. 60 Anm.

[2]) Kipp-Windscheid S. 658 fg.

Bei der Wandelung gestalten sich die Verhältnisse sehr einfach, sobald noch von keiner Seite Leistungen aus dem Kaufvertrage gemacht sind. Der Wandelungsvertrag macht den Kauf rückgängig, hebt ihn also auf, und damit erlöschen ipso jure die demselben entspringenden Verpflichtungen zur Leistung [1]).

Wesentlich mehr verwickelt gestaltet sich aber die Rechtslage dann, wenn von beiden Seiten oder auch nur von einer Seite bereits geleistet worden ist.

Das Gesetz hätte hier eine Rückforderung nach den allgemeinen Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zulassen können, da ja bei Aufhebung des Kaufvertrages und damit seiner Verpflichtungen die Parteien durch die gegenseitigen Leistungen nunmehr ohne rechtlichen Grund Vorteile erlangt haben und deshalb zur Rückgabe derselben verpflichtet wären.

Es ist aber ausdrücklich bestimmt, daß die Wirkungen des Wandelungsvertrages ausschließlich ebenso gestaltet sein sollen, wie wenn dem Käufer vertragsmäßig ein Rücktrittsrecht zugestanden hätte und von ihm geltend gemacht wäre. Dies besagt der § 467:

> „Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung; im Falle des § 352 ist jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen."

Die Grundsätze über das Rücktrittsrecht sind daher beim Wandelungsvertrage in entsprechender Weise anwendbar und maßgebend sowohl für die Voraussetzungen, unter welchen der Wandelungsvertrag gültig besteht [2]), als auch für den Inhalt und die Art der Geltendmachung der durch den Wandelungsvertrag begründeten Ansprüche.

Hiernach äußert der Wandelungsvertrag keinerlei Wirkungen, sobald die Voraussetzungen, wie sie für die Ausschließung des Rücktrittsrechtes in den §§ 351 bis 353 gegeben sind, vorliegen. Der

---

[1]) Vgl. Örtmann, Note 1a zu § 467.

[2]) Mensing S. 25; vgl. Eccius a. a. O. S. 319.

Wandelungsvertrag ist also ausgeschlossen, einmal dann, wenn der Käufer, welcher als der „Berechtigte" im Sinne des § 351 zu erachten ist, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes oder auch eine wesentliche [1]) Verschlechterung desselben verschuldet hat (§ 351) [2]) [3]), wobei als „Verschulden" sowohl Vorsatz wie jede Art der Fahrlässigkeit (§ 276) anzusehen ist.

Und diesem durch die „Schuld" charakterisierten Falle tritt zur Seite der Fall des § 352, für welchen von der „Schuld" abgesehen wird, wenn der Käufer die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat; es sei denn, daß, wie durch § 467 hinzugefügt ist, sich der Mangel erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt habe. Nimmt also der Käufer trotz seiner Kenntnis des Mangels eine Umgestaltung der Kaufsache vor, so ist damit sein Recht auf Wandelung ausgeschlossen, während es ihm erhalten bleibt, wenn der Mangel, welcher ihm unbekannt ist, erst während der Umgestaltung zu Tage tritt.

Die beiden erwähnten Fälle der Ausschließung des Wandelungsvertrages finden eine Erweiterung durch § 353, indem nämlich die Wandelung auch ausgeschlossen ist, wenn der Wandelungsberechtigte das empfangene Kaufobjekt oder doch einen erheblichen Teil desselben veräußert oder mit dem Rechte eines dritten belastet hat und nun bei dem dritten die Voraussetzungen der Ausschließung — §§ 351, 352 — eingetreten sind.

Ist nun trotz Vorliegens der soeben erwähnten Voraussetzungen ein Wandelungsvertrag geschlossen, so hat er keine rechtlichen

---

[1]) Durch unwesentliche Verschlechterung wird das Wandelungsrecht des Käufers nicht berührt, es tritt aber nach § 346/347 die Verpflichtung zum Schadenersatz ein; vgl. Planck, Note 1 Abs. 2 zu § 351, Ortmann, Note 2 zu § 351.

[2]) Kasueller Untergang der Kaufsache beseitigt das Recht der Wandelung nicht (§ 350) analog dem gem. Recht: „mortues redhibetor."

[3]) Anders liegt der Fall in § 347, wo vorausgesetzt ist, daß das schädigende Ereignis erst nach vollzogener Wandelung eintritt und zum Schadenersatz verpflichtet, während hier das Ereignis vor Abschluß des Wandelungsvertrages eingetreten sein muß, und der Ausschluß des Wandelungsrechtes an die Stelle der Verantwortlichkeit für den entstandenen Schaden tritt; vgl. Planck Note 1 zu § 351.

Wirkungen, er ist nichtig, und die Rechtslage zwischen Käufer und Verkäufer ist so, wie wenn von dem Wandelungsvertrage nicht die Rede gewesen wäre. Dabei ist jedoch zu beachten, daß uns in allen diesen Vorschriften kein zwingendes Recht entgegentritt, daß also die Parteien berechtigt sind, ihre Geltung auszuschließen. Und ein solcher Wille kann ausdrücklich erklärt oder auch aus den Umständen zu entnehmen sein. Letzteres dürfte z. B. dann vorliegen, wenn der Verkäufer trotz Kenntnis des Ausschließungsgrundes den Wandelungsvertrag abschließt. Der Vertrag würde dann wie unter normalen Verhältnissen seine Wirkungen äußern.

Erwähnt sei, daß selbstverständlich die Ausschließung des Rechtes auf Wandelung auf den Bestand des Rechtes auf Minderung ohne Einfluß ist[1]).

Anders dagegen ist die Sachlage bei entsprechender Anwendung des § 351. Diese Vorschrift hat folgenden Inhalt: „Wenn der Käufer mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug kommt, so kann ihm der Verkäufer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt dann die Rückgewähr nicht vor dem Ablaufe der Frist, so wird der Wandelungsvertrag unwirksam." Planck[2]) bemerkt freilich, dies bedeute, daß der Käufer nicht von neuem Wandelung verlangen könne, da dies dem Grundgedanken des § 354 widerspreche, nach dem die Wandelung von Anfang an deshalb als ausgeschlossen gelten solle, weil die Rückgewähr der Sache in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes unmöglich gewesen wäre; es solle aber der Anspruch auf Minderung dem Käufer weiter zustehen.

U. E. aber ist in diesem Falle der Anspruch auf Minderung dem Käufer entzogen. Denn es heißt nicht, daß die Wandelung „ausgeschlossen" sei, sondern nur daß sie „unwirksam" sei. Letzteres aber bedeutet, daß der Wandelungsvertrag seine gewöhnlichen Wirkungen nicht äußern kann, daß er sonst aber als perfekt geschlossen angesehen wird. Das jus variandi des Käufers ist dem-

[1]) Ebenso Ortmann Note 1e zu § 467.
[2]) Planck Note 2g zu § 467.

nach durch den Abschluß endgültig beseitigt worden, und bleibt mithin für das nachträglich auszuübende Recht auf Minderung kein Raum [1]).

a. Die Ansprüche des Verkäufers.

Ein gültig geschlossener Wandelungsvertrag hat nun die Wirkung, daß er unter Aufhebung des Kaufvertrages neue Verpflichtungen für beide Parteien begründet. Diese bestehen — das ist der leitende Grundsatz — darin, daß jede Partei die andere durch Rückleistung wieder in die Lage zu versetzen hat, in welcher sie sich vor dem Abschlusse des Kaufvertrages befand [2]).

Was nun die einzelnen Verpflichtungen betrifft, so hat prinzipiell der Käufer den empfangenen Kaufgegenstand (§ 346 S. 1), in natura, zurückzugeben. Geht aber der Gegenstand durch Zufall unter, so erlischt die Verpflichtung des Käufers [3]); es gilt also für diesen Fall der Satz: „periculum est venditoris". Der Käufer hat jedoch nach dem im Gesetzbuche herrschenden Surrogationsprinzip (§ 281 Abs. 1) etwaigen Ersatz oder Ersatzanspruch, welchen er für die untergangene Sache erlangt, zu übertragen. — Durch das Gesetz ist nun dieser Fall des nach Abschluß des Wandelungsvertrages eintretenden zufälligen Unterganges nicht geregelt worden. Denn die Bestimmung des § 350 bezieht sich lediglich auf die ursprüngliche, schon bei Abschluß des Vertrages vorhandene Unmöglichkeit. Aber u. E. entspricht die Regelung den allgemeinen Grundsätzen der Wandelung [4]) und ist auch eine naturgemäße Folge des § 350.

Hat der Käufer nach dem Abschlusse des Wandelungsvertrages durch sein Verschulden eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe herbeigeführt, so ist er nach § 347 S. 1 zum Schadenersatze verpflichtet; und zwar bestimmt sich derselbe nach den

---

[1]) Ebenso Matthiaß § 106, 2, II, B; Leistner S. 66.

[2]) Richtig ist dies freilich insofern nicht, als bei einer strengen Durchführung des Grundsatzes z. B. auch das negative Vertragsinteresse zu ersetzen wäre; vgl. Leistner S. 47.

[3]) Örtmann Note 2 b zu § 467.

[4]) A. A. Mensing S. 43.

Vorschriften der §§ 989 ff., wie sie für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten. — Das Gleiche findet statt hinsichtlich der Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe von Nutzungen, und hat darnach der Käufer einerseits die Nutzungen herauszugeben, die er vom Empfang der Sache an gezogen hat, sodann aber auch diejenigen Nutzungen, welche er schuldhafter Weise nicht gezogen hat, nach den Vorschriften der §§ 987 ff. [1]) zu ersetzen.

b. Die Ansprüche des Käufers.

Der Verkäufer hingegen hat seinerseits den gezahlten Kaufpreis (§ 346) nebst 4 Prozent (§ 246) Zinsen von der Zeit des Empfanges an zurückzugeben (§ 347, S. 3) und für etwaige sonstige geschehene Leistungen den Wert zu vergüten (§ 346 S. 2). Auch sind von ihm die von dem Käufer auf die Kaufsache gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen [2]), und zwar nach den durch die §§ 347, 994 Abs. 2 zur Anwendung gelangenden Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, d. h. also nur dann, wenn die Verwendungen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verkäufers entsprechend (§ 683) oder seitens des Verkäufers genehmigt sind (§ 684, S. 2), ferner auch dann, wenn sie zwar gegen den Willen des Käufers gemacht sind, aber einer Pflicht desselben entsprechen, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder wenn sonst eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Verkäufers nicht rechtzeitig erfüllt sein würde. — Zu diesen notwendigen Verwendungen gehören nach § 995 auch diejenigen, welche der Käufer zur Bestreitung von Lasten der Sache gemacht hat. — Bei allen anderen Verwendungen greifen nach § 684 lediglich die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff., 818) für die Restitutionspflicht des Verkäufers ein [3]).

---

[1]) Planck Note 2 c zu § 467; Matthiaß, 2, II B.

[2]) Planck Note 2 d zu § 467.

[3]) Zu welch unpraktischem Resultate übrigens die Regelung der Stellung des Käufers nach den Grundsätzen über auftragslose Geschäftsführung führt, darüber siehe Mensing S. 29 ff.

Durch den Schlußsatz des § 467 ist der Verkäufer weiter verpflichtet, dem Käufer auch die Kosten, welche dieser vom Abschlusse des Kaufvertrages gehabt hat, zu ersetzen [1]), und entspricht diese Anordnung durchaus den Eigentümlichkeiten der Wandelung.

§ 6. Die durch den Minderungsvertrag begründeten Ansprüche.

Wenden wir uns nunmehr zu der Betrachtung der materiellen Wirkungen des Minderungsvertrages, so finden wir, daß diese im Gesetze eine so erschöpfende Regelung wie diejenigen der Wandelung nicht haben. Es war dies nicht erforderlich, da sich hier die Rechtslage wesentlich einfacher gestaltet als dort.

Minderung bedeutet Herabsetzung des Kaufpreises und vollzieht sich nach den in den §§ 472, 473 gegebenen Vorschriften, falls nicht vertragsmäßig andere Bestimmung getroffen worden ist.

Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht entrichtet, so erlischt mit dem Abschlusse des Minderungsvertrages, analog dem Vorgange bei der Wandelung, ipso jure seine Verpflichtung zur Zahlung der Summe, um welche vertragsmäßig gemindert worden ist, und selbstverständlich damit auch der entsprechende Anspruch des Verkäufers. Nicht aber erlangt der Käufer durch den Vertrag erst einen Anspruch auf teilweisen Erlaß gegen den Verkäufer [2]).

Ist hingegen der Kaufpreis bereits gezahlt worden, so erwächst dem Käufer mit dem Abschlusse des Minderungsvertrages ein klagbarer Anspruch auf Rückgewähr der zu viel gezahlten Summe. Und dieser Anspruch ist selbstverständlich, im Gegensatze zu dem Anspruch aus dem Wandelungsvertrage, völlig unabhängig von etwaigem Untergang, etwaiger Verschlechterung oder Veräußerung des Kaufobjektes [3]); diese Ereignisse sind gänzlich einflußlos, wie es dem Wesen der Minderung entspricht, wo der Kaufvertrag nur hinsichtlich des Preises eine Modifikation erfährt.

---

[1]) Anders beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht.

[2]) So auch Mensing S. 60.

[3]) Ebenso Planck, Note 3 zu § 472; Örtmann Note 2 zu § 472; Fischer-Henle Note 3 zu § 472 u. a.

§ 7. Die Art der Geltendmachung der Ansprüche:

a. aus dem Minderungsvertrage.

Hiermit sind die Wirkungen des Wandelungs- und Minderungsvertrages, die durch den bezüglichen Vertrag begründeten Ansprüche charakterisiert worden, und es erübrigt sich nunmehr, zu betrachten, wie die Geltendmachung der Ansprüche zu erfolgen hat.

Bei der Minderung [1]) ist lediglich ein Anspruch zu berücksichtigen, nämlich derjenige des Käufers auf Rückgabe des von ihm zu viel gezahlten Kaufpreises, welcher selbstverständlich im Wege der Klage durchzuführen ist.

Bemerkt sei aber auch, daß dem Käufer, welcher noch nicht gezahlt hat und dessen Verpflichtung zur Zahlung, wie oben erörtert ist, durch Abschluß des Minderungsvertrages teilweise ipso jure erloschen ist, unter Umständen daran gelegen sein kann, dieses teilweise Erlöschen im Wege der Klage festzustellen; er würde dann auf eine negative Feststellungsklage angewiesen sein [2]).

Selbstverständlich ist, daß der Käufer, falls er sich in der Defensive befindet, also vom Verkäufer auf Zahlung belangt wird, sein Recht aus dem Minderungsvertrage im Wege der Einrede geltend zu machen berechtigt ist.

b. aus dem Wandelungsvertrage.

Bei der Wandelung ergiebt sich schon aus der Gestalt derselben als eines vollkommenen zweiseitigen Vertrages, daß, falls von beiden Seiten bereits geleistet worden ist, sowohl dem Käufer wie dem Verkäufer Klagen auf Erfüllung der aus dem Wandelungsvertrag entspringenden Pflichten zustehen. Des Weiteren ist dies auch dem Wortlaute des § 346 zu entnehmen, wo es heißt: „. . . sind die Parteien . . . verpflichtet, einander die

---

[1]) Der Übersicht halber sei hier die Minderung zunächst der Betrachtung unterzogen.

[2]) Vgl. Mensing S. 60 fg.

empfangenen Leistungen zurückzugewähren." Denn der Verpflichtung entspricht naturgemäß ein Anspruch auf anderer Seite [1]).

Jede Partei kann ihren Anspruch lediglich auf die ihr zukommende Leistung richten. Denn wenn auch durch § 349 bestimmt ist, daß die Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind, so ist daraus doch nicht zu folgern, daß die klagende Partei vor Erhebung der Klage bereits selbst geleistet haben oder etwa bei Anstellung der Klage Leistung ihrerseits anbieten muß. Die gegnerische Partei vielmehr hat ihr Recht selbst wahrzunehmen, und zwar unter Benutzung der — wie auch nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechtes — rechtshemmenden Einrede des nicht erfüllenden Vertrages, exceptio non — non rite — adimpleti contractus, wie sie durch die §§ 320, 322 gegeben und durch § 348 für anwendbar erklärt worden ist.

Darnach kann also z. B. der Verkäufer, wenn der Käufer den Anspruch auf Rückgewähr geltend macht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung seitens des Käufers verweigern. — Hat aber der Käufer teilweise geleistet, so kann er die Gegenleistung insoweit nicht verweigern, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Macht der Verkäufer von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages Gebrauch, so ist dies gemäß § 322 von der Wirkung, daß eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgt. Und ist damit der Austausch der beiderseitigen Leistungen in das Gebiet der Zwangsvollstreckung verstellt, findet deshalb auch seine Regelung durch die einschlägigen Vorschriften der Civilprozeß-Ordnung [2]).

Einfach und analog dem Vorgange bei der Minderung gestaltet sich nach Abschluß des Wandelungsvertrages die Rechtslage

[1]) Ebenso Planck Note 2 f zu § 467, Örtmann, Note 1 a zu § 467 u. a.; A. A. Schollmeyer (Einzelne Schuldverh. S. 17), nach dem der Verkäufer lediglich das Recht aus § 352 haben soll, bei Verzug des Käufers eine Frist zu bestimmen mit der Erklärung, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne.

[2]) CPO. §§ 726, 756, 764; vgl. Örtmann Note 5 zu § 322.

dann, wenn nur eine der Parteien bereits geleistet hatte. Dieser steht die Leistungsklage zur Verfolgung des Anspruches auf Rückgewähr zu Gebote, während die andere Partei, da ihr Anspruch durch den Vertrag ipso jure erloschen ist, auf die Feststellungsklage beschränkt sein würde.

Hinsichtlich des Anspruches des Käufers auf Ersatz der Verwendungen, welche er auf die Kaufsache gemacht hat, normieren nach § 347 die Vorschriften der §§ 1000 bis 1003. Es sind darnach dem Käufer zwei Rechtsmittel gegeben zur Geltendmachung dieses Anspruches, nämlich die nicht schon ohne Weiteres in der Klage auf Rückgabe des Kaufpreises enthaltene Klage und ferner das Zurückbehaltungsrecht [1]).

Die Klage kann der Käufer jedoch nur unter der Voraussetzung erheben, daß der Verkäufer die Kaufsache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat; dabei ist zu beachten, daß es als Genehmigung gilt, wenn der Verkäufer, die ihm unter Vorbehalt des Anspruches angebotene Sache annimmt. Hat aber der Verkäufer seine Genehmigung noch nicht erteilt, so kann er sich von dem Ersatzanspruche dadurch befreien, daß er die bereits wiedererlangte Sache zurückgiebt. — Der Ersatzanspruch des Käufers ist von der Eigentümlichkeit, daß er an eine Präklusivfrist [2]) geknüpft ist, und zwar gewöhnlich an die Frist von einem Monat, bei Grundstücken aber von sechs Monaten nach der Herausgabe, es sei denn, daß vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt ist, oder der Verkäufer die Verwendungen genehmigt.

Liegen die Voraussetzungen für eine Klageerhebung nicht vor, so steht dem Käufer nach § 1000 wegen seines Ersatzanspruches ein Zurückbehaltungsrecht zu. Dieses schafft freilich einen definitiven Zustand zunächst nicht, indem eine Befriedigung aus der Sache nicht zulässig ist, bietet aber durch die Vorschrift des § 1003 die Möglichkeit, den Verkäufer zu einer endgültigen Erklärung zu nötigen und damit den Schwebezustand zu beseitigen.

---

[1]) Vgl. **Mensing**, S. 47.

[2]) Auf diese Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

Zum Schlusse der Betrachtung, wie die Ansprüche aus dem Wandelungsvertrage geltend zu machen sind, sei ebenso wie bei der Minderung erwähnt, daß selbstverständlich dem Käufer auch eine Benutzung der Ansprüche als Einrede gegenüber der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises zusteht.

B. Die Vollziehung der Wandelung und Minderung im Wege der Klage.

§ 8. Die Ansicht des Verfassers: Klage auf Abschluß des Wandelungs- oder Minderungsvertrages.

Es erscheint u. E. nunmehr festgestellt, daß die normale Art der Vollziehung der Wandelung und Minderung die außergerichtliche ist, und zwar in der Form des Vertrages. Hierüber dürfte auch wohl Einstimmigkeit unter den Schriftstellern herrschen [1]).

Wie aber gestaltet sich die Lage dann, wenn eine solche außergerichtliche Erledigung unmöglich wird dadurch, daß der Verkäufer sich weigert, das Vertragsanerbieten des Käufers anzunehmen?

Hier greift die Vorschrift des § 462 ein, welche die Weigegerung des Verkäufers belanglos gestaltet, indem sie dem Käufer das Recht einräumt, falls die Voraussetzungen der §§ 459, 460 vorliegen, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) zu verlangen. Der Käufer hat also einen Anspruch gegen den Verkäufer und kann diesen, falls der Verkäufer sich zur friedlichen Einigung nicht herbeiläßt, im Wege der Klage geltend machen.

Welcher Art ist nun die Thätigkeit, die vermittelst des Anspruches und der Klage verlangt wird? — Bei der Beantwortung dieser Frage folgen wir der in den Protokollen [2]) niedergelegten Ansicht, nach welcher die Wandelung — und ebenso die Minderung — nur vollzogen werden kann mit der Erklärung des Einverständ-

---

[1]) Vgl. Örtmann, Note 2 zu § 462; Planck, Note 3 zu § 462; Enneccerus-Lehmann, § 247 I, 2, e; Matthiaß, § 106, II, A. 1; Mensing, S. 24 ff. u. a.

[2]) Prot. I. S. 710.

nisses seitens des Verkäufers oder der diese ersetzenden Verurteilung. Es besteht also u. E. die Thätigkeit des Verkäufers, welche mit dem Anspruche bezw. der Klage verlangt wird, darin, daß der Verkäufer gemäß der Bestimmung des § 465 eine Willenserklärung abgiebt, welche den Konsensualkontrakt der Wandelung oder der Minderung zum Abschlusse bringt [1]). Dies gilt nach § 894 der CPO. als geschehen, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.

Nach unserer Ansicht ist also, analog wie bei dem pactum de contrahendo durch vertragliche Bestimmung der Parteien, hier kraft Gesetzes für den Verkäufer eine obligatio ad contrahendum statuirt und der Anspruch des Käufers stellt sich dar als eine actio ad contrahendum pactum de redhibendo [2]). Erst mit dem erlangten zwangweisen Abschlusse des Wandelungs- — oder Minderungsvertrages — im Augenblicke der Rechtskraft des bezüglichen Urteiles — beginnt dann, durch diesen begründet, für die Parteien die obligatio ad redhibendum, welche gegebenenfalls den Gegenstand einer neuen Klage, der eigentlichen actio redhibitoria bezw. quanti minoris bildet.

Es sei hinzugefügt, daß das jus variandi des Käufers, falls in der soeben geschilderten Weise die Wandelung oder Minderung — d. h. der diesbezügliche Vertrag — auf prozessualem Wege vollzogen wird, ebensowenig mit der Klageerhebung, wie bei der außergerichtlichen Einigung schon mit der Offerte, erlischt. Es besteht vielmehr fort bis zum Eintritte der Rechtskraft des Urteiles, welcher Zeitpunkt eben durchaus dem der außergerichtlichen Einwilligung des Verkäufers entspricht [3]).

Zu beachten ist aber, daß darüber, ob während des Prozesses der Käufer von seiner einmal getroffenen Wahl abgehen kann, nicht die Normen des bürgerlichen Rechtes entscheiden, sondern lediglich prozeßrechtliche Vorschriften zur Anwendung gelangen. Gemäß § 271 der CPO. ist demnach eine Zurücknahme der Klage ohne Einwilligung des Verkäufers nur möglich bis zum Beginn der

---

[1]) Ebenso Planck, Note 3 zu § 462; Örtmann, Note 3 zu § 462; Kipp-Windscheid, II S. 656 ff.; Kuhlenbeck, II S. 258 ff. u. a.

[2]) Lobe in Sächs. Archiv, Bd. IX S. 114.

[3]) Ebenso Örtmann, Note 2 b z. § 465; Kuhlenbeck, II. S. 259 u. a.

mündlichen Verhandlung desselben zur Hauptsache. Und eine Änderung der Klage nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit ist nach § 264 der CPO. nur dann zuzulassen, wenn der Beklagte einwilligt, oder wenn nach dem Ermessen des Gerichtes durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. Dies dürfte aber bei einem Übergange von der Wandelung auf die Minderung stets der Fall sein, da ja beide Klagen völlig gleiche Voraussetzungen haben und daher die Verteidigung des Verkäufers stets dieselbe sein wird. Das Gericht wird demgemäß dem Käufer ein Gebrauchmachen von dem jus variandi wohl nicht verwehren [1]).

§ 9. Die gegen diese Ansicht erhobenen Einwendungen.

Daß die hier angenommene, der sog. Vertragstheorie folgende Gestaltung des Wandelungs- und Minderungsanspruches nach dem Willen der Redaktoren im Gesetze zum Ausdruck gelangen sollte, darüber herrscht kein Streit, wohl aber darüber, ob sie thatsächlich und unabweislich durch das Gesetz gegeben worden ist. So nehmen denn manche Schriftsteller [2]), unter ihnen namentlich Eccius und Lobe, an, daß schon die Vorschrift des § 462 allein die Konstruktion des Wandelungs- und Minderungsanspruches enthalte, welche derjenigen des bisherigen Rechtes entspreche. Zu einer Abweichung zwinge auch, was die Wandelung betreffe, der § 467 keineswegs. Denn wenn in § 462 die Wandelung als Rückgängigmachung gedeutet sei, so gebe § 467 lediglich den Inhalt dieser Rückgängigmachung an, indem er die Vorschriften über den Rücktritt für entsprechend anwendbar erkläre. Es bedeute demnach „Rückgängigmachung" die thatsächliche Herstellung des status quo ante unter Aufhebung des Kaufvertrages, nicht aber die bloße Aufhebung des Kaufvertrages [3]).

---

[1]) Vgl. Enneccerus-Lehmann I, S. 537 Anm. 3.

[2]) Eccius in Gruch. Beitr. Bd. 43, S. 316 ff.; Lobe a. a. O. S. 110 ff.; Ehrlich, S. 58; Enneccerus-Lehmann, § 247; Matthiaß, § 106; Mensing, § 1.

[3]) Lobe a. a. O. S. 115, Mensing S. 5.

Durch die Bestimmung des § 465 sei keineswegs das Wesen der Wandelung und Minderung charakterisiert worden [1]). Denn dann habe diese Bestimmung etwa folgenden Wortlaut haben müssen:

> „Die Wandelung oder Minderung wird dadurch vollzogen, daß der Verkäufer auf das Verlangen des Käufers sich mit ihr einverstanden erklärt."

Aus dem abweichenden Wortlaute des Gesetzes ergebe sich vielmehr zweierlei: einmal habe das Gesetz nur einen Zeitpunkt festsetzen wollen, in welchem dem Käufer das Recht abgeschnitten sei, von seinem einmal geäußerten Verlangen wieder abzugehen, und andererseits sei nur zum Ausdruck gebracht, daß die Wandelung und Minderung auch durch einen Vertrag [2]) in Vollzug gesetzt werden könnten. Es sei also keineswegs erforderlich, ja nicht einmal möglich, bei nicht erreichter Einigung auf Abschluß eines Vertrages zu klagen.

Überdies zeige in einem Falle das Gesetz selber ganz klar, daß die Wirkungen der Wandelung und Minderung auch ohne einen darauf gerichteten Vertrag eintreten könnten. Denn in Gemäßheit des § 478 sei der Käufer berechtigt, noch nach dem Ablaufe der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche, also doch ohne daß von einer Vollziehung der Wandelung oder Minderung durch Vertrag die Rede gewesen wäre, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern; wenn dann das Gericht die Weigerung für begründet erachte, so werde der Verkäufer mit seiner Klage abgewiesen.

Dies sind im Wesentlichen die durch die Fassung des Gesetzes begründeten Bedenken, welche die Gegner der Vertragstheorie entgegenstellen, das Hauptargument finden sie aber in ihrer angeblichen praktischen Unanwendbarkeit.

Denn wenn der Wandelungs- oder der Minderungsanspruch auf Abschluß eines diesbezüglichen Vertrages gerichtet sei, so könne erst vom Augenblicke der Rechtskraft des Urteils an — denn dann gelte der Vertrag erst geschlossen — die Verfolgung der Rechte aus

---

[1]) Eccius a. a. O. S. 324; Lobe a. a. O. S. 116.

[2]) Wie dies ja oben, bei Betrachtung der außergerichtlichen Vollziehung, angegeben ist.

dem Vertrage stattfinden. Eine Verbindung beider Klagen sei ausgeschlossen, da unter der Bedingung, daß der Beklagte zu einem Vertragsschlusse in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden, nicht schon jetzt auf eine nach dem Vertragsschluß zu beanspruchende Leistung geklagt werden könne, weil die actio ja nondum nato sei [1]).

Aus diesem Grunde könne der Verkäufer auch mit der Rückgewähr der Leistungen erst nach Abschluß des Vertrages, also nach Rechtskraft des Urteils, in Verzug kommen [2]); die Wichtigkeit dieser Folge zeige sich, wenn man die Haftpflicht für die Zeit vor dem Verzuge und diejenige nach Eintritt des Verzuges vergleiche.

Nach der Vertragstheorie sei es ferner dem Käufer unmöglich, vor Abschluß des Vertrages mit seinem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen eine andere Geldforderung aufzurechnen [3]).

Die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteiles, welche notwendig erscheine, sei bei einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung ausgeschlossen [4]).

Eccius [5]) führt vom Standpunkte der praktischen Verwendbarkeit des Rechtes nach einem weiteren Grund gegen die Vertragstheorie an, den er durch ein Beispiel anschaulich macht:

„Der Käufer müsse, wie anerkannt sei, bei der Minderung seine Klage auf eine bestimmte Summe richten. Er thue dies und verlange die Einwilligung des Verkäufers zur Minderung um $^1/_3$ des Preises. Das Gericht finde nun, Minderung um $^1/_4$ sei gerecht. Der Verkäufer willige aber nur in Minderung um $^1/_5$. — Dann könne nach der Vertragstheorie der Verkäufer lediglich zur Einwilligung in Minderung um $^1/_3$ verurteilt werden, und nicht zur Einwilligung in Minderung um $^1/_4$ oder $^1/_5$, da ja Käufer den Abschluß eines solchen Vertrages garnicht gewollt habe; oder aber, der Käufer müsse mit seiner Klage abgewiesen werden. — Dies Ergebnis erweise aber hinsichtlich der Minderung unbedingt die Unbrauchbarkeit der

---

[1]) Eccius a. a. O. S. 328; Lobe a. a. O. S. 112, 113.

[2]) Lobe a. a. O. S. 110.

[3]) Eccius a. a. O. S. 329; Lobe a. a. O. S. 110; Enneccerus-Lehmann S. 537.

[4]) Eccius a. a. O. S. 332; Lobe a. a. O. S. 111.

[5]) Eccius a. a. O. S. 333.

Vertragstheorie und die Praxis würde deshalb stets vorziehen, daß auf die Klage des Käufers auf Rückzahlung von 1/3 des Kaufpreises der Verkäufer zur Rückzahlung von 1/4 verurteilt, die Mehrforderung aber abgewiesen werde."

§ 10. Erörterung der erhobenen Einwendungen und Begründung der Ansicht des Verfassers:

a. unter Bezugnahme auf die Bestimmungen des Gesetzes.

Die von den Gegnern der Vertragstheorie geäußerten Bedenken erscheinen nun, soweit sie sich auf den Zusammenhang und die Fassung des Gesetzes beziehen, nicht völlig begründet.

U. E. geben die Bestimmungen der §§ 462, 463 lediglich in einer ganz allgemeinen Weise die Gerechtsame an, welche dem Käufer beim Vorliegen der Voraussetzungen in §§ 459, 460 zu Gebote stehen, und charakterisieren dieselben als Ansprüche, sind aber weit entfernt, auch die innere Gestalt dieser Ansprüche zeichnen zu wollen. Dies geschieht vielmehr — der § 464 ist inhaltlich für unsere Betrachtung belanglos — durch die unmittelbar folgende Vorschrift des § 465, durch welche sich die Ansprüche, wie später zu erörtern, als auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet darstellen.

Gäbe § 467, wie die Lehre von der „normalen Leistungsklage" [1]) will, den direkten Inhalt des Anspruches der Wandelung, so wäre es doch naturgemäß und der Logik entsprechend, daß er unmittelbar der allgemeinen Vorschrift folgte und nicht aus dieser Stelle durch die notwendigerweise als unpassend eingeschoben erscheinende Bestimmung des § 465 zurückgedrängt wäre. So hingegen erweist es sich u. E. unwiderleglich, daß eben § 465 die erläuternde Bestimmung für § 462 bildet, und daß daher zunächst stets die hier verlangte Einigung erfolgen muß, und darauf erst die Vorschrift des § 467 für den Inhalt der durch die Einigung entstandenen Verpflichtungen — hinsichtlich der Wandelung — in Betracht kommt.

[1]) Endemann, Bd. 1 S. 721 Anm. 13.

Wenn der Wortlaut des § 462 die Wandelung als „Rückgängigmachung des Kaufvertrages" deutet, so liegt kein Grund vor, diesen Begriff in der Art auszudehnen, daß er die Rückgewähr der Leistungen umfaßt; mit vollem Recht kann er auf die bloße Beseitigung des Kaufvertrages und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses mit der Verpflichtung zur Rückgewähr beschränkt werden. Dies ergiebt sich auch schon daraus, daß die Wandelung, abgesehen von ihrer Gestaltung als Anspruch, analog dem Rücktrittsrecht gebildet worden ist. Hier aber wird zweifellos durch die einseitige Erklärung der zu Grunde liegende Kaufvertrag aufgehoben und ein neuer Vertrag mit der Verpflichtung zur Rückleistung begründet [1]).

Aber auch abgesehen davon, ob der Begriff der „Rückgängigmachung" in einer weiteren oder engeren Ausdehnung zu verstehen ist, stets erscheint es unzulässig, bei der Feststellung einer Konstruktion lediglich eine einzelne Vorschrift allein zu berücksichtigen und sie nicht vielmehr im Rahmen der einschlägigen Bestimmungen zu betrachten. — Wenn man freilich, wie Mensing [2]) vorschlägt, sich den § 465 einmal gänzlich ausgeschieden denkt und annimmt, daß ausschließlich § 462 (und allenfalls § 467) das Material für die Konstruktion des Wandelungs- und Minderungsanspruches lieferten, so sei zugegeben, daß man dann nicht leicht zum Ergebnisse der Vertragstheorie gelangen würde. Aber die Betrachtung einer Gesetzesvorschrift losgelöst von ihrer Umgebung ist eben undenkbar!

Was die Bestimmung des § 465 betrifft, welcher als eigentlicher Grund der Entstehung der Vertragstheorie anzusehen ist, so ist sie freilich nicht in einer völlig klaren und unzweideutigen Weise abgefaßt; die Ursache hierfür dürfte darin zu finden sein, daß hier einmal die Art der Vollziehung der Wandelung und Minderung angegeben, andererseits aber auch der Zeitpunkt für die Beendigung des jus variandi des Käufers bestimmt werden sollte. — Immerhin scheint der sprachliche Ausdruck des § 465 nicht so ungenau, wie Lobe [3]) meint, daß er einen Unsinn darstellt. Denn

---

[1]) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 187, III; Matthiaß § 90, III, A; Örtmann, Vorbem. 2 zu §§ 346 ff.

[2]) Mensing S. 8 fg.

[3]) Lobe a. a. O. S. 117.

nicht die Erklärung des Einverständnisses mit der Rückgängigmachung ist die Vollziehung der Rückgängigmachung selbst, was gleichstände dem Ausdruck, daß die Einverständniserklärung damit, daß etwas geschehe, das Geschehen selbst sei; sondern aus dem § 465 geht, wie schon erwähnt, nur das hervor, daß das Einverständnis mit dem auf Rückgängigmachung bezw. Minderung gerichteten Verlangen die Rückgängigmachung bereits vollziehe, daß also die Einverständniserklärung mit dem Verlangen eines Anderen, daß etwas geschehen solle, das Geschehen selbst bewirke. Dies ist aber ein Vorgang, der sich täglich im Rechtsverkehr wiederholt, nämlich beim Abschlusse je des Vertrages.

Die Art des § 465, das Wesen der Wandelung und Minderung in der Form eines bedingenden Satzes zum Ausdruck zu bringen, ist zwar sonderbar, aber vielleicht zu billigen, wenn wir, wie schon erwähnt, berücksichtigen, daß hier das jus variandi zugleich an eine Zeitgrenze gebunden werden sollte. Warum aber diese Ausdrucksweise zu einer Einschränkung dahin zu führen vermöchte, daß auch, und nicht nur, durch Vertrag die Wandelung und Minderung vollzogen werden, dafür ist u. E. kein Grund erfindlich. Denn das Vorhandensein der Essentialien für die Vollziehung der Wandelung und Minderung in der Gestalt einer condicio und die Bezugnahme im Hauptsatze auf das „bereits vollzogen sein" und nicht auf das „vollzogen werden" dürften unmöglich zu einer solchen Schlußfolgerung führen.

U. E. besteht also nach § 465 die Leistung des Verkäufers, auch falls sie im Klagewege verlangt wird, also stets, in der Abgabe der Willenserklärung, daß er einverstanden sei mit dem Wunsche des Käufers.

Und diese Auffassung, welche noch gestützt wird dadurch, daß sie von den Redaktoren des Gesetzbuches [1]) geteilt worden ist, erscheint auch in den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes unabweisbar begründet. — Hat sie doch, wie Eccius [2]) selbst bemerkt, eine indirekte Bestätigung durch die Vorschrift des § 479 gefunden;

---

[1]) Prot. I S. 680 ff.

[2]) Eccius a. a. O. S. 329.

denn hier wird nicht der Wandelungs- und Minderungsanspruch, sondern lediglich der Anspruch auf Schadensersatz als aufrechenbar behandelt.

Und der § 467 dürfte zu einer vollen Entfaltung nur gelangen können vom Standpunkte der Vertragstheorie aus [1]), denn nach hier für anwendbar erklärten Bestimmung des § 346 „sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren". Wie aber läßt sich eine solche Bestimmung mit der Lehre von der „normalen Leistungsklage" des Käufers in Einklang bringen!

An dieser Stelle seien auch die Ausführungen von Kloß [2]) erwähnt, welcher wesentlich durch den § 467 bewogen sich für die von uns vertretene Konstruktion in folgender Weise ausspricht: Nach § 467 soll ja auf die Wandelung die Mehrzahl der für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften Anwendung finden. „Diese unterscheiden aber scharf das Recht zurückzutreten (BGB. §§ 350—353) von dem Recht nach erfolgtem Rücktritt (§§ 346—348). Es erfolgt aber der Rücktritt durch Abgabe der einseitigen, empfangsbedürftigen Erklärung des Rücktrittsberechtigten (§ 349). Gerade diese letzte Bestimmung ist nun nach § 467 von der analogen Anwendung auf die Wandelung ausgeschlossen. Daraus ergiebt sich, daß diese keinesfalls durch die einseitige Erklärung des Käufers erfolgt. Dann aber bleibt nur übrig, sie dann als erfolgt zu bezeichnen, wenn sie i. S. v. § 465 vollzogen ist."

Für die von uns vertretene Ansicht dürfte weiter auch der § 478 [3]) in Betracht kommen, welcher besagt:

> „Der Käufer kann auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde."

---

[1]) Vgl. Menfing S. 51 ff.

[2]) Kloß i. Sächs. Arch. Bd. 9, S. 287 ff.

[3]) Die Einwendung, welche Eccius a. a. O. S. 321, 322, aus dem § 478 gegen die von uns vertretene Ansicht erhebt, wird später ihre Erledigung finden.

Denn der Nachsatz dieser Bestimmung hat bei einer ungezwungenen Auslegung zweifellos nur die Bedeutung: als er berechtigt sein würde, wenn die Wandelung oder Minderung vollzogen wäre, oder genauer: wenn der Wandelungs- (Aufhebungs-) Vertrag oder der Minderungs- (Herabsetzungs-) Vertrag, zu einer Zeit, wo noch von keiner Seite der Kaufvertrag erfüllt worden ist, abgeschlossen wäre [1]). — Jede andere Auslegung dürfte dem unbefangenen Beurteiler unmöglich, zum Mindesten aber äußerst gezwungen erscheinen!

b. mit Rücksicht auf die sich ergebenden praktischen Folgerungen.

Nachdem durch diese Erörterungen sich als festgestellt erweist, daß die gesetzlichen Bestimmungen unabweisbar die Wandelung und Minderung stets als einen Aufhebungs- und Herabsetzungsvertrag konstruiren, daß mithin das klagbare Recht des Käufers auch nur auf den Abschluß eines solchen Vertrages gerichtet sein kann, erübrigt sich nunmehr die Betrachtung, ob denn der Hauptgrund, weshalb die von uns vertretene Ansicht bekämpft wird, daß nämlich unsere Konstruktion praktisch unbrauchbare Konsequenzen im Gefolge habe, als stichhaltig zu erachten ist.

Als den größten Mißstand unserer Konstruktion heben, wie oben erwähnt, die Gegner hervor, daß sich das Verfahren für den Käufer zu langwierig gestalte, indem er zunächst die Rechtskraft des Urteiles über seine Klage auf Abschluß des Wandelungs- oder Minderungsvertrages abwarten müsse und erst dann die Klage auf thatsächliche Rückgewähr anstrengen könne. — Dieser Mißstand besteht aber u. E. in Wahrheit nicht, da es prozessualisch recht wohl möglich ist, die beiden Klagen zu einem Verfahren zu verbinden.

Denn wenn auch die Abgabe der Willenserklärung erst begründend ist für den Anspruch auf Rückgabe, so steht dieser doch keineswegs so da, wie wenn er eines Rechtsgrundes völlig entbehrt [2]).

---

[1]) Vgl. Mensing S. 61; Flechtheim a. a. O. S. 91.

[2]) Vgl. für diese Ausführungen Kipp, Kieler Festgabe f. Ihering, S. 61 ff.

Hat doch der Käufer immerhin ein Recht auf die Begründung eines solchen Anspruches, und, „ist auch der Grund dieser Klage, die Willenserklärung noch nicht da, so muß es doch genügen, daß der Grund des Grundes, der Anspruch auf die Willenserklärung, vorhanden ist."

Keineswegs dürften aber die Ausführungen von Eccius [1]) stichhaltig sein, es widerspräche der rechtlichen Logik, daß eine Klage angestellt werde unter der Bedingung, daß der Verklagte zu einem Vertragsschlusse in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden. Denn die Klage wird nicht unter einer Bedingung angestellt, sondern lediglich der in der Klage geltend gemachte Anspruch ist ein bedingter, und zwar bedingt durch den Eintritt der Rechtskraft des die Verpflichtung zur Abgabe der Einverständniserklärung aussprechenden Urteils [2]). Auf diesen Zeitpunkt erscheint die ganze Verhandlung zusammengedrängt und in ihm ist die Nativität des Anspruches auf Rückleistung begründet. Der Augenblick der Verkündung des Urteiles ist hierfür völlig belanglos. Es steht daher nichts im Wege, daß der Richter, welcher erst im Moment der Rechtskraft judicierend gedacht wird, „in einem Athem verurteilt, damit Rechtswirkungen schafft und auf Grund dieser Rechtswirkungen eine weitere Verurteilung folgen läßt."

Treffend vergleicht Flechtheim dies mit dem Vorgange bei der Kostenverurteilung, wo die Kostentragung mit der Rechtskraft des Urteiles existent wird, und doch gleichzeitig zur Hauptsache und zur Kostenfrage entschieden wird.

Es ist übrigens zu jeder Zeit die Verbindung einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung mit derjenigen auf Realisierung der Folgen dieser Erklärung sowohl von der Theorie wie auch von der Praxis zugelassen [3]). Folgendes Beispiel entnimmt hierfür Kipp [4]) dem römischen Rechte: „Wenn der Universalfideikommission den Anspruch auf Restitutionserklärung und Herausgabe der Erb-

[1]) Eccius a. a. O. S. 320.

[2]) Wir folgen hier den Ausführungen von Flechtheim in Gruch. Beitr. Bd. 44 S. 74 ff.

[3]) Vgl. Kohler im Civil-Arch. Bd. 80, S. 288, welcher die Zulässigkeit einer solchen Verbindung als allgemeinen Grundsatz aufstellt.

[4]) Kipp a. a. O. S. 61 fg.

schaft gegen den Fiduciar geltend machen wollte, so bedurfte es, wie überhaupt zur Begründung eines Vermächtnisanspruches, der Antretung der Erbschaft seitens des Fiduciars. Diese hatte also zunächst zu erfolgen, und geschah sie nicht freiwillig, so mußte die diesbezügliche Willenserklärung erst im Wege der Klage erzwungen werden. Man trug aber kein Bedenken, diese Klage mit der auf Restitution, die ja aus der ersteren erst resultierte, zu verbinden." — Für das französische Recht weist desgleichen Flechtheim [1]) nach, daß eine Verbindung derartiger Klagen stets für zulässig erachtet und praktisch verwendet worden ist, und nimmt namentlich Bezug auf die Anwendung des Art. 1184 code civil, indem bei zweiseiten Verträgen, wenn ein Teil seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, der Vertrag durch Richterspruch aufgehoben und zugleich die Verurteilung zu den die frühere Rechtslage wiederherstellenden Leistungen ausgesprochen wird.

Aus diesen Ausführungen erhellt, daß bereits nach den bisherigen prozeßrechtlichen Grundsätzen einer Verbindung der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung mit derjenigen auf Geltendmachung der Folgen dieser Erklärung nichts entgegengestanden haben dürfte, demnach auch die Klage auf Wandelung oder Minderung zugleich mit derjenigen aus der Wandelung oder Minderung angestellt werden kann. Sollten aber dennoch die Bedenken der Gegner nicht beseitigt sein, so sei darauf hingewiesen, daß äußerstenfalls auch der neu eingeführte § 259 der CPO. i. d. F. vom 17. Mai 1898 die Möglichkeit der Verbindung beider Klagen verschaffen würde [2]). Dieser lautet folgendermaßen:

> „Klage auf künftige Leistung kann erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde."

Hiernach können Klagen auch schon vor Fälligkeit und Begründetheit der Ansprüche, also auch wenn es sich, wie in unserem

---

[1]) Flechtheim a. a. O. S. 75, vgl. Mensing S. 20 Anm. 21.

[2]) Durch den § 259 der CPO. suchen namentlich Kloß a. a. O. S. 290 und Kuhlenbeck, II, § 39, S. 260 die Möglichkeit der Verbindung beider Klagen zu begründen.

Falle, um bedingte Leistungen handelt [1]), erhoben werden; nur muß die Voraussetzung erfüllt sein, daß der Beklagte die Besorgnis gerechtfertigt hat, daß er sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Dies thut der Verkäufer aber dadurch, daß er sich geweigert hat, freiwillig in die Wandelung oder Minderung einzuwilligen. Denn diese Einwilligung bezweckt lediglich, die thatsächliche Rückleistung zu ermöglichen; indem der Verkäufer jene verweigert, will er dem Kläger die Erreichung dieses Zweckes erschweren oder vereiteln [2]). Auch erscheint, wie schon der Entwurf [3]) angiebt, die Rechtzeitigkeit der zukünftigen Leistung stets gefährdet, sobald der Schuldner die Verbindlichkeit bereits vor ihrer Fälligkeit bestreitet.

Also auch nach dieser gesetzlichen Bestimmung steht einer Anstellung der Klage auf Rückleistung vor Fälligkeit des Anspruches und somit einer Verbindung dieser Klage mit derjenigen, welche sie bedingt, nämlich der Klage auf Abschluß des Vertrages, nichts im Wege.

Erweist sich somit die Zulässigkeit der Verbindung der Klage auf Wandelung oder Minderung mit der Klage aus der Wandelung oder Minderung endgiltig festgestellt, so hat das wichtigste Argument der Gegner gegen die von uns vertretene Konstruktion seine Erledigung gefunden. Es erübrigt sich nunmehr die sonstigen erhobenen Bedenken zu betrachten, soweit sie sich z. B. auf den Eintritt des Verzuges des Verkäufers mit der Rückleistung und die Aufrechenbarkeit des dem Käufer zustehenden Anspruches auf Rückzahlung gegenüber einer Geldforderung des Verkäufers beziehen. Und hier ist allerdings zuzugeben, daß die Bedenken der Gegner begründet sind.

Denn für den Eintritt des Verzuges sowohl wie für den der Aufrechenbarkeit ist gemäß § 284 bezw. § 387 die wesentlichste Voraussetzung, daß die Fälligkeit des Anspruches des Käufers eingetreten ist bezw. daß der Käufer die ihm gebührende Leistung fordern kann, und diese Voraussetzung ist nach unserer Konstruktion, wo ja

---

[1]) Vgl. Neukamp, CPO. Note 1 zu § 259; Struckmann und Koch, CPO., zu § 259.

[2]) Kloß a. a. O. S. 290.

[3]) S. 104.

der Käufer den Anspruch auf Rückleistung bei einer Verbindung der beiden Klagen schon vor der Fälligkeit einklagt, nicht bereits mit der Erhebung der Klage erfüllt, sondern erst mit der erfolgten Zustimmungserklärung des Verkäufers, also nach § 894 der CPO. mit der Rechtskraft des Urteiles. Von diesem Augenblicke an können daher auch erst die Wirkungen des Verzuges gegen den Verkäufer geltend gemacht werden sowie eine Aufrechnung gegen eine Geldforderung des Verkäufers stattfinden.

Aber die in dieser Beziehung erhobenen Bedenken sind nicht so schwerwiegend, daß ihretwegen eine u. E. erzwungene Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen erforderlich erscheint. Denn der spätere Eintritt des Verzuges hat hinsichtlich einer Geldschuld — um diese wird es sich ja zumeist handeln — nur geringen Einfluß und ebenso dürfte die Hinausschiebung der Möglichkeit der Aufrechnung wirtschaftlich ohne große Bedeutung sein. Denn im Falle des Konkurses, wo die Möglichkeit der Aufrechnung namentlich in Betracht kommt, findet eine Aufrechnung gemäß § 54 der KO. auch bei einer, wie in unserem Falle, bedingten Forderung statt.

Weit wichtiger und bedenklicher erscheint hingegen die Konsequenz unserer Konstruktion, daß wegen der Abhängigkeit der beiden in einer Klage geltend gemachten Ansprüche von einander, der sog. präjudiziellen Verbindung die Möglichkeit, zu einer vorläufig vollstreckbaren Verurteilung des Verkäufers zu gelangen, ausgeschlossen erscheint [1]). Denn nach der weitaus herrschenden Ansicht in der Prozeßlitteratur [2]), welcher wir uns anschließen, kann ein Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung mithin naturgemäß auch die durch dieses begründete Verurteilung zur Rückleistung nicht vorläufig vollstreckt werden, „wiewohl", wie Flechtheim bemerkt, „nicht verkannt werden soll, daß die Praxis im französischen Rechtsgebiete dazu neigt, auch die oben [3]) bezeichneten Auflösungsurteile für vorläufig vollstreckbar zu erklären." — Um nun diese allerdings lästige Konsequenz unserer Konstruktion einigermaßen zu mildern,

[1]) Ebenso Flechtheim a. a. O. S. 76, Örtmann, Note 3 a zu § 462; a. Ans. Kipp-Windscheid, § 359, S. 657.

[2]) Vgl. Gaupp, Komm. zur CPO.; auch RG. Bd. 25 S. 379.

[3]) Vgl. oben S. 32 Note 1.

ist der Käufer, worauf Flechtheim hinweist, in den Fällen, wo die spätere Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Verkäufers gefährdet wird, in der Lage sich durch Einwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung Hülfe zu verschaffen.

Die sich für die Praxis ergebenden lästigen Konsequenzen der Vertragstheorie [1]) sind, wie aus den letzten Ausführungen hervorgeht, keineswegs ganz wegzuleugnen, aber immerhin doch auf ein erträgliches Maß zu beschränken. Andrerseits bietet unsere Konstruktion den praktisch unbedingt wert zu schätzenden Vorteil, daß für den Käufer ein Zeitpunkt, nämlich der Eintritt der Rechtskraft des die Einverständniserklärung des Verkäufers aussprechenden Urteiles, besteht, mit welchem er an seine einmal getroffene Wahl, ob Wandelung oder Minderung, gebunden ist, während nach der die Bestimmung des § 465 nicht berücksichtigenden Lehre von der „normalen Leistungsklage" ein solcher Zeitpunkt durch das Gesetz nicht gegeben scheint, und der Käufer selbst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteiles seine erklärte Wahl ändern kann [2]).

C. Die Wandlung und Minderung in ihrer Geltendmachung als Einreden gegenüber der Kaufgeldklage des Verkäufers.

§ 11.

Nachdem wir betrachtet haben, wie sich die Wandelung und Minderung in ihrer angriffsweisen Geltendmachung im Klagewege vollziehen, werden wir nunmehr zum Schlusse unserer Abhandlung in Kürze noch erörtern, welche Wirkungen die ädilicischen Ansprüche dann hervorrufen, wenn sie verteidigungsweise, im Wege der Einrede geltend gemacht werden.

Die naturgemäße Schlußfolgerung aus der Konstruktion der Wandelung oder Minderung als eines Vertrages dürfte sein, daß

[1]) Was den selbständigen Einwand von Eccius a. a. O. S. 333 (vgl. oben S. 25 fg.), gegen die von uns vertretene Konstruktion hinsichtlich der Minderung betrifft, so sei auf die treffenden Ausführungen von Kipp-Windscheid S. 658 verwiesen, denen wir uns anschließen.

[2]) Vgl. Eccius a. a. O. S. 321; a. A. Mensing S. 54.

ein solcher Vertrag auch dann, wenn der Wandelungs- oder Minderungsanspruch einredeweise gegenüber der Kaufgeldklage des Verkäufers vorgebracht wird, zustande kommt. — Und diese Wirkung scheint Ortmann[1]) als thatsächlich durch das Gesetz gegeben zu erachten, wenn er nämlich bemerkt, daß bei Geltendmachung der ädilicischen Ansprüche in der Defensive, per exceptionem, der Käufer die richterliche Ergänzung der Einwilligung des Verkäufers in die entsprechende Modifikation des Kaufgeschäftes erheischt.

Gegen diese Ansicht, durch Geltendmachung der Einrede die Vollziehung der Wandelung oder Minderung herbeizuführen, sind nun aber gewichtige Bedenken begründet. Denn einmal ist es nur die Aufgabe der Einreden, Thatsachen herbeizubringen zur Entkräftung der Klagethatsachen[2]), also lediglich zur Abwehr geltendgemachter Rechte zu dienen, nicht aber auch selbst Rechte und Rechtsverhältnisse zu schaffen. Andererseits aber ist, falls wirklich prozessual ein Wandelungs- oder Minderungsvertrag zustande kommen soll, unbedingt ein Urteil erforderlich, mit dessen Rechtskraft eben der Vertrag geschlossen gilt: Entscheidungen über Einreden entbehren aber der Rechtskraft in Gemäßheit des § 322 der CPO., nach welchem ein Urteil nur insoweit Rechtskraft erlangt, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden wird. — Eine eigentliche Vollziehung der Wandelung oder Minderung durch Benutzung einer Einrede erscheint demnach ausgeschlossen. Will der Käufer eine solche bewirken, ist er vielmehr auf die Anstellung einer Widerklage angewiesen[3]).

Erwähnt sei die Auffassung von der Bedeutung der Geltendmachung der Wandelung oder Minderung als Einrede, welche von Neumann[4]) vertreten wird. Hiernach begründet der fällige Anspruch des Käufers auf Vollziehung der Wandelung und Minderung in der Gestalt der Einrede lediglich ein Zurückbehaltungsrecht des

---

[1]) Ortmann, Note 3 b zu § 462.

[2]) Dernburg, Bd. I § 137, 2.

[3]) Vgl. RG. Bd. 25, S. 307. — Die Widerklage würde übrigens ja auch den Erfolg haben, daß Käufer Ersatz der Vertragskosten (§ 467) erlangt.

[4]) Neumann, Note 6 zu § 465.

Käufers an dem Kaufpreise (§ 273) mit der Wirkung der Verurteilung des Käufers zur Leistung Zug um Zug gegen die Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung oder Minderung (§ 274). Diese Auffassung ist aber, worauf Eccius [1]) hinweist, ein völlig abwegige. Denn sie führt zu dem widersinnigen Ergebnisse, daß der Käufer verurteilt werden müßte, das Kaufgeld zu zahlen gegen Abschluß eines Vertrages, nach welchem er das Kaufgeld, zu dessen Zahlung er verurteilt worden ist, wieder zurückfordern kann.

Flechtheim [2]) betrachtet die Wandelungs- und Minderungseinrede als specielle Erscheinungsformen der Chikaneinrede, wie sie als Nachbildung der römischen exceptio doli generalis durch den § 226 [3]) in das BGB. Eingang gefunden habe.

U. E. liegt nun kein Grund vor, auf derartige immerhin fern liegende und gekünstelt erscheinende Erklärungen hinsichtlich des Wesens der Wandelungs- oder Minderungseinrede zurückzugreifen. Die Bestimmung des § 478 dürfte zur Genüge Aufschluß darüber geben, welche Auffassung in dieser Beziehung als die dem Gesetz zu Grunde liegende anzusehen ist [4]). Denn wenn hier auch nur von der Einrede gehandelt wird, welche dem Käufer erst nach der Verjährung des Wandelungs- oder Minderungsanspruches gegenüber der Kaufpreisforderung unter gewissen Voraussetzungen zu Gebote steht, von der in der Kommission sogenannten „perpetuirten Einrede", so ist damit doch ganz zweiffellos anerkannt, daß eine solche Einrede auch schon vor Vollendung der Verjährung besteht, wie denn dies das Weitere noch, worauf Hellwig [5]) hinweist, in dankenswerter Weise durch das Wörtchen „auch" klargestellt wird.

Was nun die Wirkung einer solchen geltendgemachten Einrede betrifft, so besteht sie keineswegs darin, daß die Wandelung oder Minderung vollzogen wird. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaute des § 478. Der Käufer kann „die Zahlung des Kaufpreises inso-

---

[1]) Eccius a. a. O. S. 322.

[2]) Flechtheim a. a. O. S. 86 ff.

[3]) § 226: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen."

[4]) Vgl. Planck Note 3 a zu § 478; Mensing S. 61 ff.

[5]) Hellwig, die Vorträge auf Leistung an Dritte, 1899, S. 294.

weit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde." Es erscheint vielmehr lediglich die Kaufgeldforderung des Verkäufers unberechtigt, und die diesbezügliche Klage wird ganz oder teilweise abgewiesen.

Die Lage des Verkäufers ist nun in einem solchen Falle, wenn es sich um eine Wandelung handelt, unter Umständen recht ungünstig. Denn das Urteil, durch welches seine Forderung zurückgewiesen wird, begründet nicht zugleich auch für den Käufer die Pflicht zur Rückgabe der etwa übergebenen Kaufsache. Auch nicht kann der Verkäufer eine solche Verpflichtung schaffen dadurch, daß er sich mit der einredeweise vorgebrachten Wandelung einverstanden erklärt; denn in einer Einrede ist nicht zugleich auch ein Vertragsantrag enthalten [1]). — Lediglich nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung würde, da der Käufer die Kaufsache ohne rechtlichen Grund besitzt, dem Verkäufer ein Rückforderungsrecht [2]) zustehen.

[1]) a. A. Planck Note 3 a zu § 478.

[2]) Ebenso Mensing S. 62; vgl. Flechtheim a. a. O. S. 92 fg.

Inhalt.

			Seite
§ 1.		Einleitung. Begrenzung der Aufgabe	5—6
§ 2.		Die Wandelung und Minderung in den Vorberatungen für das Bürgerliche Gesetzbuch	6—7
§ 3.		Die Art der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche im gemeinen Rechte	7—8
	A.	**Die außergerichtliche Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem BGB.**	8—21
§ 4.	1.	Der Wandelungs- und Minderungsvertrag	8—11
§ 5.	2.	Die durch den Wandelungsvertrag begründeten Ansprüche	11—17
		a) die Ansprüche des Verkäufers	15—16
		b) die Ansprüche des Käufers	16—17
§ 6.	3.	Die durch den Minderungsvertrag begründeten Ansprüche	17—18
§ 7.	4.	Die Art der Geltendmachung der Ansprüche . . .	18—21
		a) aus dem Minderungsvertrage	18
		b) aus dem Wandelungsvertrage	18—21
	B.	**Die Vollziehung der Wandelung und Minderung im Wege der Klage**	21—35
§ 8.	1.	Die Ansicht des Verfassers: Klage auf Abschluß des Wandelungs- oder Minderungsvertrages	21—23
§ 9.	2.	Die gegen diese Ansicht erhobenen Einwendungen . .	23—26
§ 10.	3.	Erörterung der Einwendungen und Begründung der Ansicht des Verfassers	26—35
		a) unter Bezugnahme auf die Bestimmungen des Gesetzes	26—30
		b) mit Rücksicht auf die sich ergebenden praktischen Folgerungen	30—35
§ 11.	**C.**	**Die Wandelung und Minderung in ihrer Geltendmachung als Einreden gegenüber der Kaufgeldklage des Verkäufers**	35—38